

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Unus testis, nullus testis II)

Borgers, M.J.

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2010). *Case note: Hoge Raad (Unus testis, nullus testis II)*, No. 515, Jul 13, 2010. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2010).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

HR 26-01-2010, NJ 2010, 512, LJN BK2094, zaaknummer 08/00130 en HR 15-06-2010, NJ 2010,513, LJN BM2440, zaaknummer 08/02232 en HR 29-06-2010, RvdW 2010/860, LJN BL149, zaaknummer S 08/03388 en HR 13 juli 2010, NJ 2010, 515, LJN:BM2452, zaaknummer: 08/02788 (unus testis, nullus testis II)

Noot van M.J. Borgers

1.

Op 30 juni 2009 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen waarmee een nieuwe koers lijkt te zijn ingezet voor wat betreft de toepassing van de unus testis nullus testis-regel van artikel 342 lid 2 Sv en daarmee ook van de soortgelijke regel van artikel 341 lid 4 Sv (NJ 2010/495 en NJ 2010/496 m.nt. M.J. Borgers). In die arresten hanteert de Hoge Raad een criterium dat in eerdere rechtspraak nog ontbrak (of in elk geval niet expliciet werd genoemd): het vereiste dat de tweede bewijsgrond voldoende steun geeft aan de verklaring van de getuige respectievelijk de verdachte. De precieze betekenis van dit nieuwe criterium en de implicaties daarvan voor het bewijsoordeel van de rechter heeft de Hoge Raad in de uitspraken van 30 juni 2009 in het midden gehouden. Inmiddels is een aantal arrest gewezen waarin de Hoge Raad tot op zekere hoogte duidelijkheid verschaft.

2.

De Hoge Raad gaat in overweging 3.3 van het arrest NJ 2010/512 in meer algemene zin in op de betekenis van de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv. De Hoge Raad noemt allereerst de grondslag van deze regel. Die grondslag is gelegen in het waarborgen van ‘de deugdelijkheid van de bewijsbeslissing’. In lijn met de oorspronkelijke opvatting van de wet-gever staat de Hoge Raad niet toe dat de rechter tot bewezenverklaring overgaat op grond van de verklaring van één getuige, indien de door die getuige genoemde feiten en omstandigheden op zichzelf staan en — dus — onvoldoende steun vinden in ander bewijsmateriaal. In overweging 3.4 wordt het net anders geformuleerd: een bewezenverklaring is alleen mogelijk indien het verband tussen de verklaring van de getuige en de tweede bewijsgrond niet te ver verwijderd is. Aangenomen mag worden dat ‘onvoldoende steun’ en ‘een te verwijderd verband’ inhoudelijk gelijke criteria zijn.

Ten aanzien van de vraag in welke gevallen er van voldoende steun sprake is of kan zijn, overweegt de Hoge Raad dat deze vraag zich niet in algemene zin laat beantwoorden. Het komt aan op ‘een beoordeling in het concrete geval’. De Hoge Raad kan ‘slechts tot op zekere hoogte duidelijkheid verschaffen door het beslissen in concrete gevallen’. De formulering die de Hoge Raad gebruikt, komt wellicht enigszins verontschuldigend voor, in die zin dat het wenselijker zou zijn geweest wanneer er wel hard and fast rules zouden kunnen worden geformuleerd. Wat daar ook van zij, het is naar mijn mening waardevol dat de Hoge Raad expliciteert dat de contouren van de huidige bewijsminimumregel alleen langs de lijnen van de casuïstiek zichtbaar worden. Dat schept, al klinkt het paradoxaal, duidelijkheid.

In de literatuur worden evenmin werkelijk scherpe normen genoemd ter nadere invulling van de bewijsminimumregel. Wellicht zou men in de formulering die de Hoge Raad hanteert — voldoende steun — kunnen lezen dat de eis wordt gesteld dat de tweede bewijsgrond de inhoud van de eerste

bewijsgrond bevestigt (daarvoor pleitte Reijntjes in zijn dissertatie, Strafrechtelijk bewijs in wet en praktijk, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 175). De wijze waarop de Hoge Raad het vereiste van voldoende steun hanteert, duidt er echter geenszins op dat de Hoge Raad een dermate strenge eis wil stellen. De toepassing van dit vereiste komt nog het dichtste in de buurt van de door De Wilde voorgestelde 'eis van inhoudelijk verband' (zie zijn bijdrage in: De waarde van waarheid, Den Haag: BJU 2008, p. 269-294). Die eis strekt er vooral toe dat de rechter in het concrete geval feiten en omstandigheden benoemt die op relevante wijze in verband staan met de inhoud van de verklaring van de getuige (of de verdachte). Dat geen algemene regels kunnen worden geformuleerd, betekent overigens niet dat het benoemen van gezichtspunten niet mogelijk zou zijn (zie nader onder 5).

Bij deze stand van zaken is het interessant nader te beschouwen op welke wijze de Hoge Raad omgaat met de casuïstiek in de hier geannoteerde zaken en ook welke plaats de motiveringsplicht van de rechter daarbij krijgt. Alvorens daarop in te gaan verdient een door de Hoge Raad niet, maar door verschillende Advocaten-Generaal wel besproken thema aandacht: de relatie tussen de bewijsminimumregel en de (Straatsburgse en Nederlandse) rechtspraak omtrent — kort gezegd — het steunbewijs bij niet gehoorde getuigen.

3.

Van een schending van het ondervragingsrecht van artikel 6 lid 3, sub d, EVRM is — kort gezegd — sprake indien een behoorlijke en effectieve gelegenheid tot het ondervragen van een getuige heeft ontbroken, terwijl de verklaring van die getuige beslissend is geweest voor de bewezenverklaring en er geen afdoende compensatie heeft plaatsgevonden voor het ontbreken van de ondervragingsmogelijkheid (vgl. bijvoorbeeld EHRM 27 februari 2001, *Lucà tegen Italië*, appl.nr. 33354/96, NJ 2002/101 m.nt. Sch). In de rechtspraak van de Hoge Raad wordt de Straatsburgse jurisprudentie aldus verwoord dat het gebruik van de verklaring van een dergelijke getuige toelaatbaar is 'als de betrokkenheid van de verdachte bij het hem tenlastegelegde feit in voldoende mate steun vindt in andere bewijsmiddelen' (zie onder andere HR 14 april 1998, NJ 1999/73, HR 29 september 1998, NJ 1999/74 m.nt. Kn en HR 10 april 2007, LJN AZ5714). De parallel met de bewijsminimumregel dringt zich in zoverre op dat, indien een behoorlijke en effectieve ondervragingsmogelijkheid heeft ontbroken, de rechter de bewezenverklaring niet mag aannemen uitsluitend op grond van de verklaring van de getuige. Die verklaring moet voldoende steun vinden in één of meerdere andere bewijsgronden. Uitoefening van het ondervragingsrecht strekt ertoe om de betrouwbaarheid van de getuige te onderzoeken. Daarmee staat de — wat ik nu maar noem — steunbewijsregel ter zake van niet ondervraagde getuige in dezelfde, althans een vergelijkbare, sleutel als de bewijsminimumregel.

De hier geschetste parallel komt aan de orde in de conclusies van A-G Vellinga in de zaken NJ 2010/513 en 515 alsmede de conclusie van A-G Machielse voor HR 30 maart 2010, LJN BL7813. Machielse merkt op dat de rechtspraak over het ondervragingsrecht van artikel 6 lid 3, sub d, EVRM daarmee 'vruchtbaar materiaal' kan bieden voor de uitleg van de bewijsminimumregel. Tegelijkertijd moet voor ogen worden gehouden dat de genoemde steunbewijsregel en de bewijsminimumregel niet zonder meer op één lijn kunnen worden gesteld, zoals ook Machielse en Vellinga naar voren brengen. Ik zal hun betoog niet herhalen, maar volsta met het navolgende.

De steunbewijsregel in verband met de niet-ondervraagde getuige is eerst aan de orde in de situatie dat de verdediging niet een recht heeft kunnen uitoefenen dat zij wel had willen uitoefenen. Het is aan de verdediging om tijdig en voldoende gemotiveerd het verzoek tot oproeping van de getuige te doen. Laat de verdediging dat na, dan neemt het EHRM in principe geen schending van artikel 6 EVRM aan. Een vergelijkbare lijn wordt door de Hoge Raad gehanteerd. Zie daarover uitvoerig De Wilde, NJB 2007, p. 1396-1403. De strekking van de steunbewijsregel, zoals die geldt indien overeenkomstig de regels een oproepingsverzoek is gedaan maar ondervraging nadien niet mogelijk is gebleken, is niet glashelder. Het is voor discussie vatbaar waar dit steunbewijs volgens het EHRM op moet zien: de betrokkenheid van de verdachte bij het bewezenverklaarde delict of de door de verdachte betwiste onderdelen van de verklaring van de niet-ondervraagde getuige. Hoewel dat in de praktijk natuurlijk samen kan vallen — de verdachte kan zijn betrokkenheid bij het delict volledig betwisten —, hoeft dat niet het geval te zijn. De verdachte kan bijvoorbeeld ook betogen dat zijn betrokkenheid minder groot of anders is dan uit de beschuldiging volgt. In haar dissertatie gaat Dreissen uit van de eerstgenoemde interpretatie (Bewijsmotivering in strafzaken, Deventer: Kluwer 2007, p. 97–99; vgl. ook Dreissen, DD 2009, p. 775), terwijl de Hoge Raad de laatstgenoemde uitleg hanteert (zie onder andere HR 12 oktober 1999, NJ 1999/827). De Straatsburgse rechtspraak stelt de juistheid van de uitleg van de Hoge Raad niet geheel buiten twijfel, al lijkt de lijn in die rechtspraak ertoe te strekken dat het steunbewijs moet zien op de betwiste onderdelen van de verklaring van de niet-ondervraagde getuige (vgl. ook voetnoot 15 van de genoemde conclusie van A-G Machielse). Deze koppeling van het steunbewijs aan de door de verdachte betwiste onderdelen sluit aan bij het genoemde uitgangspunt dat de verdediging in actie moet komen.

De toepassing van de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv (en ook artikel 341 lid 4 Sv) veronderstelt geen verdedigingsactiviteit, maar ziet rechtstreeks op de door de rechter te nemen bewijsbeslissing. De rechter dient zich, ongeacht of op dat punt iets door de procesdeelnemers te berde is gebracht, ervan te vergewissen dat het bewijsoordeel niet in essentie op de verklaring van één getuige (of van uitsluitend de verdachte) rust. In zoverre heeft de opstelling van de verdediging geen invloed op de wijze van toepassing van artikel 342 lid 2 Sv (en artikel 341 lid 4 Sv), al heeft hetgeen de verdediging naar voren brengt, wel enige betekenis voor de omvang van de motiveringsplicht van de rechter (zie onder 8). Bij de toepassing van de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv (en artikel 341 lid 4 Sv) gaat het erom dat de verklaring van de getuige (of de verdachte) voldoende steun vindt in een tweede bewijsgrond. Bij de huidige stand van de rechtspraak is het onduidelijk of die tweede bewijsgrond alleen steun moet geven aan de verklaring van de getuige (of de verdachte), dan wel dat deze tweede bewijsgrond ook zelfstandig betrekking moet hebben op een — al dan niet ondergeschikt — onderdeel van de bewezenverklaring. Stel dat naast de verklaring van een getuige een deskundigenverklaring voorhanden is, die inhoudelijk in verband staat met de getuigenverklaring, maar niet (rechtstreeks) betrekking op een onderdeel van de bewezenverklaring. Is er dan sprake van voldoende steun? De Hoge Raad heeft zich daarover — vooralsnog — niet duidelijk uitgesproken (al komt het zijdelings wel aan de orde in de recente rechtspraak, zie onder 6).

Duidelijk is dat de achtergrond van de steunbewijsregel — bij niet-ondervraagde getuigen — en de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv (en artikel 341 lid 4 Sv) verschilt, terwijl de inhoud van die regels niet volledig is uitgekristalliseerd. Het gaat (vooralsnog) te ver om beide regels op dezelfde lijn te

plaatsen. Tegen deze achtergrond is het verstandig dat de Hoge Raad in de recente rechtspraak omtrent artikel 342 lid 2 Sv niet refereert aan de jurisprudentie omtrent niet ondervraagde getuigen. Maar dat betekent niet dat men nimmer een parallel met die rechtspraak zou mogen trekken. Er zijn geen fundamentele bezwaren om bij de toepassing van de bewijsminimumregel inspiratie te zoeken bij de rechtspraak over de steunbewijsregel en vice versa.

4.

Zoals gezegd, brengt de Hoge Raad naar voren dat duidelijkheid omtrent de inhoud van de bewijsminimumregel — tot op zekere hoogte — kan worden verschaft door het beslissen in concrete gevallen. Hoeveel duidelijkheid verschaffen dan de hierboven afgedrukte zaken?

Neemt men de eerste zaak — NJ 2010/512 — in ogenschouw, dan valt het direct op dat de Hoge Raad eigenlijk niet uiteenzet waarom in deze zaak wordt voldaan het vereiste van voldoende steun. Weliswaar wijst de Hoge Raad erop dat de zaak afwijkt van de zaken die aan de orde waren in de reeds genoemde arresten van 30 juni 2009. Maar deze vergelijking wordt niet anders toegelicht dan door te stellen dat in die laatste zaken sprake was van ‘een te verwijderd verband’ tussen de getuigenverklaring en het overige gebezigde bewijsmateriaal. Veel wijzer wordt men daar niet van, omdat die toelichting niets méér zegt dan dat in die zaken niet werd voldaan aan het wettelijke bewijsminimum. Men tast dan ook in het duister wat naar het oordeel van de Hoge Raad de kenmerkende of relevante verschillen zijn tussen de verschillende zaken. (Vgl. in dat verband ook reeds HR 23 juni 2009, LJN BI2248, waarin de Hoge Raad — een week voordat de arresten van 30 juni 2009 werden gewezen — een in het licht van artikel 342 lid 2 Sv interessante zaak afdoet met een artikel 81 RO-beslissing.)

Deze opstelling van de Hoge Raad in de zaak NJ 2010/512 hangt wellicht samen met de afstand tot de feiten die de Hoge Raad als cassatierechter wil en moet houden. Het gaat er in cassatie uitsluitend om of het oordeel van de feitenrechter, mede gelet op de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv, voldoende begrijpelijk is. De fraaie conclusie van A-G Aben laat zien dat bij een diepgravende toetsing van die begrijpelijkheid het welhaast onmogelijk is om de feiten op afstand te houden. Niet uit het oog moet echter worden verloren dat bij de toetsing in cassatie of aan het vereiste van artikel 342 lid 2 Sv is voldaan, niet van de Hoge Raad wordt verwacht dat hij zelf feiten gaat vaststellen of zeer dicht op de huid van de feitenrechter gaat zitten. De begrijpelijkheidstoets die de Hoge Raad uitvoert, vindt immers plaats op basis van de bewijsmotivering van de feitenrechter. Die motivering bestaat in elk geval uit de door de feitenrechter gebezigde bewijsmiddelen. De toetsing houdt dan op de keper beschouwd in dat allereerst wordt gekeken of op enigerlei wijze uit de bewijsmotivering naar voren komt waarin het verband tussen de bewijsgronden zou zijn gelegen. Zo dat het geval is, wordt voorts beoordeeld of dat verband ook voldoet aan het criterium van voldoende steun. Ik zie geen principiële belemmering voor de Hoge Raad om deze beide stappen van een toelichting te voorzien, ook al zal het voor wat betreft de eerste stap nog wel eens nodig zijn om van een kennelijk oordeel van de feitenrechter uit te gaan.

Het zou in deze zaak ook mogelijk zijn geweest om het verschil te duiden met de zaken die tot de arresten van 30 juni 2009 hebben geleid. Plaatst men bijvoorbeeld de door de Hoge Raad genoemde zaak NJ 2009/495 naast de zaak NJ 2010/512 dan valt alleen al op dat de verdachte in eerstgenoemde

zaak — blijkens het door het gerechtshof gebezigde bewijsmateriaal — uitsluitend had aangegeven dat hij in de gemeente aanwezig was waar dat delict zou hebben plaatsgevonden, terwijl de verdachte in de zaak NJ 2010/512, heeft verklaard op de specifieke plaats van het delict aanwezig te zijn geweest. In de zaak NJ 2010/512 is er nog meer aan de hand: de verdachte heeft tevens verklaard op de dag van de bedreiging een mes in zijn zak te hebben gedragen, terwijl dat mes ook bij de verdachte is aangetroffen door de politie nadat deze een melding had gekregen omtrent de bedreiging met een mes. De aanwezigheid op de plaats van het delict wordt daarmee in een context geplaatst. Daardoor krijgt het verband tussen de bewijsgronden kleur.

Wellicht is de Hoge Raad ook terughoudend met het toelichten van de toetsing van de begrijpelijkheid van het oordeel van de feitenrechter, teneinde te voorkomen dat er — niettegenstaande de waarschuwing die wordt afgegeven — al te gemakkelijk regels worden afgeleid uit casuïstische oordelen. Men zou niet op basis van de zaken NJ 2009/495 en/of NJ 2010/512 moeten concluderen dat uitsluitend de aanwezigheid van de verdachte op de plaats van het delict nimmer voldoende steun kan opleveren en dat dus daarnaast altijd een andere ‘belastende’ bewijsgrond voorhanden moet zijn (daartoe lijkt Dreissen, DD 2009, p. 774 te neigen, anders dan De Wilde 2008, p. 277, Kooijmans, AAe 2010, p. 461 en A-G Vellinga in zijn conclusies in zaken NJ 2010/513 en NJ 2010/515, onder 13 respectievelijk 9). De betekenis van die aanwezigheid is sterk contextgebonden. Kort door de bocht gesteld: het maakt nogal uit of men aanwezig is bij een moord op een druk bezocht marktplein of in een verlaten woestijn. Men kan, zo leert de conclusie van A-G Aben, de waarde en het gewicht van bepaalde gegevens voor de bewijsconstructie niet los zien van lezingen, scenario’s en hypothesen die in het concrete geval worden gebezigd door de verdachte en het openbaar ministerie. Daarbij komt het uiteindelijk aan — zo voegt Kooijmans terecht toe (AAe 2010, p. 462) — op de overtuiging van de rechter: in hoeverre wordt de rechter door het voorhanden zijnde overige bewijsmateriaal al dan niet gesterkt in zijn overtuiging dat de verklaring van de getuige (of in geval van artikel 341 lid 4 Sv: de verdachte) de materiële waarheid weergeeft?

Deze kanttekening strekt er evenwel niet toe dat de Hoge Raad het oordeel dat hij, mede in het licht van artikel 342 lid 2 Sv (of artikel 341 lid 4 Sv), velt omtrent de begrijpelijkheid van de bewijsconstructie van de feitenrechter, niet nader zou moeten toelichten of dat hij zich zou moeten onthouden van gevalsvergelijking. Zou men immers die weg inslaan, dan zou het beslissen in concrete gevallen — anders dan de Hoge Raad zelf naar voren brengt — zo goed als geen duidelijkheid verschaffen. Het is aan de Hoge Raad om zijn oordeel in het concrete geval zo helder mogelijk te motiveren, en het is aan de buitenwacht om geen overhaaste of al te verstrekende conclusies te verbinden aan de casuïstiek betreffende de bewijsminimumregel.

5.

Het casuïstische karakter van de rechtspraak van de Hoge Raad dwingt dus ertoe om voorzichtig te zijn met het doen van algemene uitspraken omtrent de inhoud van de bewijsminimumregel. Maar dat betekent niet dat men niet zou mogen trachten om, met alle beperkingen die daaraan zijn verbonden, zekere gezichtspunten in die rechtspraak te ontwaren. De recente rechtspraak maakt in elk geval duidelijk dat voor het voldoen aan de bewijsminimumregel niet is vereist dat de tweede bewijsgrond de

betrokkenheid van de verdachte bij het strafbare feit volledig bevestigt. Op dat punt is van een koerswijziging ten opzichte van de oudere rechtspraak geen sprake. Illustratief in dit verband zijn HR 23 juni 2009, LJN BI2248 en de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak NJ 2010/514. In deze zaken bevestigt het steunbewijs niet de eigenlijke delictsgedragingen (het tegen de wil seksueel binnendringen respectievelijk de bedreiging en de ontuchtige handelingen). Wel bestaan er op andere punten overeenkomsten tussen de verklaring van de getuige en die van de verdachte. Daarbij gaat het niet alleen om de aanwezigheid op de plaats van het delict, maar ook om omstandigheden zoals de fysieke staat waarin die getuige zich bevond, dan wel de kleding die werd gedragen, in combinatie met details omtrent de ontmoeting met de getuige. Deze omstandigheden zijn wellicht minder sprekend dan het aantreffen van het mes in de zaak NJ 2010/512, maar bieden nog wel — zo mag uit de uitspraken van de Hoge Raad worden afgeleid — voldoende steun. Geconstateerd kan derhalve worden dat de Hoge Raad vooralsnog niet uitsluitend de aanwezigheid van de verdachte op de plaats van het delict als toereikend voor de voldoende steun heeft aangemerkt, maar dat daarbij telkens ook andere omstandigheden in aanmerking zijn genomen. Zoals gezegd, mag men hieruit geen vergaande conclusies trekken. Niettemin lijkt de hier besproken rechtspraak te bevestigen dat de relevantie van de aanwezigheid op de plaats van het delict in de bredere context van de concrete feiten en omstandigheden van het geval moet worden gezien. (Ervan uitgaande dat de aanwezigheid op de specifieke plaats van het delict én ten tijde van dat delict daadwerkelijk is gebleken, punten waaraan het schortte in de zaken NJ 2010/495 en 496.)

6.

Interessant is voorts de beslissing in de uitspraak NJ 2010/515. In deze zaak heeft het gerechtshof uitvoerig gemotiveerd waarom de verklaring van een jeugdige getuige — het beweerde slachtoffer — betrouwbaar wordt geacht, waarbij in hoofdzaak wordt gewezen op de gedetailleerdheid van de verklaring over zaken waarvan een meisje van zeven jaar in de regel geen gedetailleerde kennis heeft. De Hoge Raad oordeelt dat de bewijsconstructie in deze zaak in het licht van de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv niet begrijpelijk is, niettegenstaande de motivering van het gerechtshof omtrent de betrouwbaarheid van de verklaring van het meisje. Dat is op zichzelf een voor de hand liggend oordeel. De motivering van het gerechtshof zegt alleen iets over de redenen waarom de verklaring van het slachtoffer bijdraagt aan de rechterlijke overtuiging. Daarmee is inderdaad niets gezegd — en het gerechtshof lijkt met de betreffende toelichting daar ook niets over te hebben willen zeggen — over de aanwezigheid van één of meer bewijsgronden die voldoende steun bieden aan deze verklaring. Maar hoe voor de hand liggend ook, deze uitspraak van de Hoge Raad bevestigt dat de vereiste voldoende steun buiten de verklaring van de getuige (of in geval van artikel 341 lid 4 Sv: de verklaring van de verdachte) moet worden gevonden.

Waarom de bewijsconstructie in de zaak NJ 2010/515 in het licht van de bewijsminimumregel onbegrijpelijk is, licht de Hoge Raad niet nader toe. De redenen laten zich bij bestudering van de gebezigde bewijsmiddelen echter wel raden. Naast de verklaring van het meisje behoren tot die bewijsmiddelen twee verklaringen van haar moeder waarin in feite de verklaring van haar dochter wordt overgebracht. Daarnaast is er een verklaring van een leerkracht waarin deze aangeeft, na te hebben vernomen wat het meisje zou zijn overkomen, zekere gedragsveranderingen te hebben waargenomen. Het is de vraag of een dergelijke verklaring in het geheel als voldoende steun kan gelden.

A-G Aben sluit dat niet zonder meer uit (zie voetnoot 19 van zijn conclusie in de zaak NJ 2010/512), het EHRM wijst dergelijke verklaring — in de rechtspraak over niet-ondervraagde getuige — vrij stellig af als steunbewijs (vgl. bijvoorbeeld EHRM 24 april 2007, W. tegen Finland, appl.nr. 14151/02, overweging 47). Het kernprobleem is hier uiteraard dat de gedragsveranderingen iets zouden kunnen zeggen over de betrouwbaarheid van de getuige, maar dat daarmee geen steun wordt gevonden in een andere bron dan die getuige. Mede gelet op het feit dat de Hoge Raad van oordeel is dat waarnemingen omtrent de emoties van getuigen geen betekenis hebben voor het voldoen aan de bewijsminimumregel (HR 13 september 2005, LJN AT5721; HR 20 mei 2008, LJN BC7413), komt het mij voor dat een verklaring omtrent gedragsveranderingen op zichzelf genomen onvoldoende steun kan bieden aan de verklaring van de getuige (vgl. ook Schalken in zijn noot onder HR 20 mei 2003, NJ 2003/672). Voorts zou een bezwaar kunnen zijn dat een dergelijke verklaring niet zelfstandig betrekking heeft op een onderdeel van de bewezenverklaring (zie onder 3). Wat daar ook van zij, in de onderhavige zaak is sowieso een probleem dat in het midden blijft in hoeverre de geconstateerde veranderingen typerend zijn voor seksueel misbruik. Tot slot is er de verklaring van de verdachte dat hij ruim vier jaar in hetzelfde huis heeft gewoond als het meisje en haar moeder. Daarin kan men bezwaarlijk een – voldoende specifieke – bevestiging lezen van de aanwezigheid op de plaats van het delict, dat zich over een periode van ruim drie jaar zou hebben uitgestrekt.

7.

In de zaak NJ 2010/513 is een veroordeling uitgesproken omdat de verdachte ontucht zou hebben gehad met iemand die zich als cliënt aan zijn hulp had toevertrouwd. Het betreft het kwaliteitsdelict van artikel 249 lid 2, onder 3, Sr. Een interessante vraag is of bij dit kwaliteitsdelict wordt voldaan aan de bewijsminimumregel, indien naast een verklaring van een getuige over de eigenlijke delictshandeling – ontucht – alleen een bewijsmiddel voorhanden is waaruit niet meer dan de kwaliteit – bewindvoerder – blijkt. Hoewel in een oude uitspraak van de Hoge Raad een bevestigend antwoord besloten ligt (HR 8 juni 1931, NJ 1932/p. 1550–1551), heeft De Wilde terecht naar voren gebracht dat een dergelijke bewijsconstructie tot een paradoxale situatie leidt. Immers, zou voor het delict niet een bepaalde kwaliteit vereist zijn geweest, dan had de eigenlijke delictshandeling nooit bewezen kunnen worden verklaard. De Wilde stelt daarom voor bij (onder andere) kwaliteitsdelicten te eisen dat zowel voor de eigenlijke delictshandeling als het gehele delict minimaal twee bewijsgronden beschikbaar zijn (De Wilde 2008, p. 280, 289).

Het gerechtshof heeft in de zaak NJ 2010/513 voor het bewijs gebezigd enkele bewijsmiddelen die bevestigen dat verdachte de functie van bewindvoerder heeft uitgeoefend in de bewezenverklaarde periode, drie verklaringen van de aangeefster met betrekking tot de ontucht en een verklaring van een vriendin die vertelt wat de aangeefster haar heeft verteld over de ontucht. De Hoge Raad overweegt dat niet wordt voldaan aan de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv omdat de verklaringen van aangeefster onvoldoende steun vinden in de overige bewijsmiddelen. Hoewel de Hoge Raad zijn oordeel ook nu niet nader toelicht, lijkt het erop dat de Hoge Raad een invulling van artikel 342 lid 2 Sv hanteert zoals deze door De Wilde is gesuggereerd. De verklaring van de vriendin heeft geen andere strekking dan dat deze een verklaring van de aangeefster overbrengt. Dat brengt met zich dat naast de verklaringen van de aangeefster alleen bewijsgronden ter zake van de kwaliteit voorhanden zijn. Hoewel

die bewijsgronden strikt genomen wel enige steun geven aan de verklaringen van de aangeefster, in die zin dat de door de aangeefster genoemde kwaliteit van de verdachte wordt bevestigd, neemt de Hoge Raad daar anders dan in 1931 geen genoegen mee.

8.

In hoeverre dient de feitenrechter te motiveren dat naar zijn oordeel sprake is van voldoende steun? Uit artikel 342 lid 2 Sv — en hetzelfde geldt voor artikel 341 lid 4 Sv — vloeit op dit punt geen specifiek of afzonderlijk motiveringsvereiste voort (al valt daar de lege ferenda wel het nodige voor te zeggen; vgl. Simmelink, in: Het onderzoek ter zitting, Groningen 1999, p. 443–444). Het gaat er ‘slechts’ om dat aan het bewijsminimum wordt voldaan. Of dat het geval is, is — vanzelfsprekend — vatbaar voor toetsing in cassatie. De Hoge Raad overweegt in de zaak NJ 2010/515 dat bij de toetsing in cassatie of aan de bewijsminimumregel is voldaan, het ‘van belang kan zijn of de feitenrechter zijn oordeel dat dat het geval is, nader heeft gemotiveerd’. Een toelichting van de feitenrechter kan immers duidelijk maken waarin de vereiste steun is gevonden en ook van welke interpretatie van de bewijsminimumregel is uitgegaan. Ontbreekt een dergelijke motivering, dan is daarmee het oordeel van de feitenrechter niet per definitie onbegrijpelijk. Het is dan aan de Hoge Raad om, op basis van de gebezigde bewijsmiddelen, na te gaan waarin — naar het kennelijke oordeel van de feitenrechter — de voldoende steun zou zijn gelegen, teneinde vervolgens dat kennelijke oordeel op begrijpelijkheid te toetsen.

Het feit dat uit artikel 342 lid 2 Sv (en artikel 341 lid 4 Sv) geen motiveringsplicht voortvloeit, laat onverlet dat in de genoemde overweging in de zaak NJ 2010/515 een zekere aansporing voor de feitenrechter tot het opnemen van een bewijsoverweging ter zake van het bewijsminimum besloten ligt. Die motivering is niet alleen van belang om de uitspraak cassatiebestendig te maken, maar draagt eerst en vooral bij aan de informatieve waarde van de uitspraak voor de procesdeelnemers en voor andere belangstellenden. Vanzelfsprekend kunnen ook de procesdeelnemers invloed uitoefenen op de omvang van de motivering door uitdrukkelijk onderbouwde standpunten naar voren te brengen ter zake van het al dan niet voldaan zijn aan de bewijsminimumregel. De uitspraak van de Hoge Raad in de zaak NJ 2010/514 bevestigt dat het passeren van een dergelijk standpunt op de voet van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv moet worden gemotiveerd.

In de laatstgenoemde zaak oordeelt de Hoge Raad – anders dan A-G Hofstee – dat het standpunt van de strekking dat artikel 342 lid 2 Sv is geschonden, in voldoende mate wordt weerlegd door de bewijsvoering van het gerechtshof. De Hoge Raad licht daarbij niet toe hoe de vereiste voldoende steun tot uitdrukking komt in die bewijsvoering. Ook al is het niet ongebruikelijk dat schendingen van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv op een dergelijke wijze worden gesauveerd (vgl. HR 11 april 2006, NJ 2006/393 m.nt. Y. Buruma), toch zou het naar mijn mening wenselijk zijn geweest indien de Hoge Raad een toelichting had gegeven. Specifiek omdat ook deze zaak van belang is voor de vraag wat de — mogelijke — betekenis is van de aanwezigheid op de plaats van het delict (zie onder 5). En meer algemeen, omdat duidelijkheid omtrent de inhoud van de bewijsminimumregel — zo stelt de Hoge Raad zelf voorop — alleen kan worden verschaft door het beslissen in concrete gevallen. Juist het benadrukken van het belang van de casuïstiek verplicht ertoe, zo komt het mij voor, aan die casuïstiek expliciet aandacht te besteden.